

# TRIBUNAL SUPREMO, SALAS I, II, III y V

## SALA I

### CULPA EXTRA CONTRACTUAL

Que apareciendo de dichos hechos tanto la realidad del daño como el que éste tuviese por causa la explosión del barril de cerveza a la que se ha hecho referencia, de las circunstancias concurrentes en los mismos, llega a inducir el juzgador como acciones u omisiones atribuidas al demandado y jurídicamente valorizadas como culpables o negligentes, en el aspecto activo o de acción: montaje completo e instalación del aparato de tiraje, suministro del barril y su acoplamiento en la referida instalación, inmediata retirada del mismo, barril y accesorios una vez ocurrido el accidente, y colocación de válvulas de seguridad en las instalaciones de otros establecimientos, y en el pasivo, de omisiones, desatención a las diversas llamadas y avisos ante el anormal funcionamiento del aparato de tiraje, falta de vigilancia y asistencia técnica del mismo, lo que preciso hace conocer el sexto de los motivos del recurso, en cuanto al amparo del ordinal primero, del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la violación del artículo 1.253 del Código civil al combatir el que entre aquella base presuntiva y lo deducido por el juzgador de instancia exista aquel enlace preciso y directo que exige el precitado artículo, motivo de cuya suerte depende la que haya de corresponder al primero y segundo, formulados por la misma vía, en cuanto respectivamente denuncian la infracción por violación de los artículos 1.902 y 1.214 de dicho cuerpo legal; y como a cuanto, en materia de presunciones, se refiere a la deducción a la que llega el juzgador de instancia tras su proceso dialéctico, es reiterada doctrina de esta Sala, en el sentido de conceder el máximo respeto a la libre apreciación de dichos juzgadores, no siendo lícito en casación sino examinar si está fundada la existencia del hecho que sirve de base a la presunción, y, si es lógica aquella deducción que por el juzgador se obtiene, el motivo ha de ser desestimado puesto que no pudiéndose discutir aquella base presuntiva por esta vía procesal, tampoco se puede tachar de ilógica la consecuencia a que se llega de todos aquellos elementos fácticos que quedaron relatados, por lo que no puede decirse que el precepto, en lo que atañe a tal enlace preciso y directo, haya sido violado, y en tal sentido igualmente lo han de ser el primero y segundo, aquél en cuanto la recurrida sentencia ha tenido en cuenta, aunque prescinda de su explícita cita, lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil, lo que motiva que no pueda decirse haya incurrido en la infracción por el expresado

## JURISPRUDENCIA SOCIAL

concepto de dicho precepto, y en cuanto al segundo, porque no es fundamento del fallo la falta de prueba por el actor, cual quiere hacer ver el recurrente, puesto que la presunción constituye prueba que le es favorable en el cumplimiento de su obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho en el supuesto de autos; acción y omisión culpable o negligente, realidad del daño y nexos causal entre acción y omisión y daño; por todo lo que el recurso ha de ser desestimado. (Sentencia de 14 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.004.)

### SALA II

#### 1. SEDICIÓN

Considerando: Que la alegación sostenida en el único motivo del recurso por infracción de ley interpuesto por la representación del procesado..., consistente en que la sentencia recurrida no precisaba la modalidad concreta de la repulsa que llevó al al recurrente, en unión de otros compañeros de trabajo, a paralizar la actividad laboral, por lo que el Tribunal *a quo* no podía basar en una ambigua generalidad unos elementos de voluntad, ni expresados, ni queridos por el procesado, infringiendo por aplicación indebida el párrafo 2.º del artículo 222 del Código penal que no sanciona todas las participaciones en un conflicto de trabajo colectivo, es alegación carente de consistencia legal para la viabilidad del recurso ya que la misma no se fundamenta en los hechos declarados probados sino en deducciones puramente subjetivas, puesto que aquellos expresan y claramente establecen que el procesado notificó al subdirector de la Empresa..., de Sevilla, que la cesación en el trabajo obedecía a solidaridad con la repulsa nacional por el Consejo de Guerra de Burgos, «retirándose seguidamente de la factoría los ciento cincuenta productores, quedando ésta totalmente paralizada durante treinta y seis horas», y el propio recurrente se trasladó, a continuación a otra obra en construcción «comunicando a los veinte obreros de la Empresa... el acuerdo tomado y motivo del mismo, logrando que aquéllos abandonasen asimismo el trabajo», de cuya literal transcripción notoriamente se desprende que el conflicto colectivo suscitado era ajeno e independiente a cualquier objetivo de índole laboral y tenía un indudable carácter político tendente a perjudicar la autoridad del Estado, modalidad manifiestamente incurso en el artículo y número anteriormente citados y penada en el número 2.º del artículo 223 del Código penal. (Sentencia de 28 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.461.)

#### 2. SALUD PÚBLICA

Considerando: Que... se alega no haber aplicado... lo que se establece en los números 11 y 12 del artículo 8.º del Código penal, y se razona que como se proclama que el procesado era jefe de ventas y obró en virtud de su cargo, puesto que creía que ejercía un derecho legítimo, cual es vender, y obra en virtud de obediencia debida

## JURISPRUDENCIA SOCIAL

a superiores jerárquicos dentro de su Empresa, por eso se consideran infringidos dichos preceptos. Y ha de rechazarse, supuesto que las funciones de ningún cargo pueden comprender las de vender para el consumo público géneros corrompidos ni nadie se puede considerar autorizado para venderlos, por lo que en estos casos no se puede llegar a creer que se actúa en uso legítimo de un derecho, ni puede eximirle la obediencia a sus jefes, que para ello se necesitaría que el mandato tuviese un fundamento legítimo. (Sentencia de 23 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 5.185.)

### 3. ABORTO

Considerando: Que los delitos de aborto sufren la específica agravación punitiva, establecida en el párrafo primero del artículo 415 del Código penal, debida a la profesionalización del sujeto activo que los acusa o coopera a su realización, porque se utiliza ilegal y excesivamente, el título profesional que el Estado otorga a ciertas personas facultativas, en beneficio de la comunidad, para realizar con granjería, actividades criminales, abusando antijurídicamente, de su misión honesta, que se desvía en la proclividad de lo perjudicial, matando seres desvalidos e indefensos. (Sentencia de 8 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.794.)

### 4. ESTUPRO

Considerando: Que el motivo del recurso ... combate por indebida la aplicación del artículo 434 del Código penal, alegando que a lo sumo cabría la inclusión de los hechos en el tipo del artículo 437 del mismo texto legal; en este último artículo se castiga el estupro cometido por el patrono o jefe con mujer menor de veintitrés años que de él dependa, en virtud de dependencia netamente laboral y prevaliéndose de su cargo ..., por las condiciones de inferioridad en que aquella se encuentra por razones del trabajo a realizar; mientras que el artículo 434 también castiga el estupro cometido con doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cuya doncellez tiene el carácter de presunción *iuris tantum* ... especialmente en este caso en que el relato histórico de la sentencia de instancia, proclama a la víctima de buena conducta y vida honesta, revistiendo, por tanto, el supuesto mayor gravedad que el del 437, por la transcendencia de la confianza o lealtad quebrantada, entre los que se encuentra la domesticidad, por el respeto absoluto que el amo o dueño de la casa debe guardar respecto de las jóvenes que por circunstancias económicas nada favorables para ellas prestan sus servicios en calidad de domésticas, conviviendo bajo el mismo techo y acogidas a su protección y guarda; ... sin ser posible seguir la motivación de la defensa, tratando la sentencia por completo ajustada a la ley, de emplear argumentos decimonónicos, los principios de honor y decencia, siguen inmutables en el presente siglo, siguiendo mereciendo afortunadamente las criadas, la protección de la ley en los casos de estupro, a pesar de haber cambiado su denominación por la de «empleadas del hogar» y se pague por ellas seguros sociales, por lo que no es posible cambiar la doctrina tradicional de esta Sala. (Sentencia de 4 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.275.)

5. PROSTITUCIÓN

Considerando: Que el artículo 452 bis b), número 1.º, del Código penal, tipifica como delito, por incidir profundamente en la libertad y dignidad humana, la conducta del que se beneficia por sí o como intermediario, promoviendo, favoreciendo o facilitando la prostitución o corrupción de persona —hombre o mujer— menor de veintitrés años, y ello, a pesar de que estos sujetos presten aparentemente su consentimiento, que la ley no estima lícito ni suficiente, para el ejercicio de tal devalorada actividad, o que los mismos se encuentren ya prostituidos o corrompidos, pues protege el amparo y tutela que merecen por su corta edad, su inmadurez e inexperiencia, a fin de evitar el extravío definitivo, por lo que resulta irrelevante para la efectividad de dicha norma, que inicie la corrupción o prostitución, o que ya haya caído en la vida depravada y subsiga en ella; debiendo de estimarse que todo contrato de trabajo impúdico o carnal venal, en su desarrollo, supone la inclusión de favorecimiento o facilitación aludida, pues representa al menos la ayuda o auxilio, y el allanamiento de obstáculos para tan desdichada e inmoral actividad.

Considerando: Que por la efectividad de esta doctrina, debe rechazarse el recurso de la condonada ... porque nada representa el consentimiento irrelevante de las menores, y sí sólo el favorecimiento y facilitación de su corrupción por la dueña del negocio, con lucro para ella y para las empleadas, y porque tampoco nada significa que pudieran estar ya corrompidas, lo que no aseguran por lo demás los hechos probados, y no debe presumirse. (Sentencia de 27 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.456.)

6. INJURIAS

Considerando: Que debe ... estimarse como injuriosas las palabras «enfermo sexual» a las que debe añadirse, el decir reiteradamente había sido despedido de la Empresa en que prestaba sus servicios médicos por haber atacado a una enfermera; calificación que no puede por menos que estimarse acertada, por encerrar indudable ánimo de desacreditar, de modo muy especial, por ir dirigidas contra un señor que ejercía su profesión de médico en la población, haciéndole perder su fama y prestigio para el normal desenvolvimiento de su carrera, que requiere confianza, tanto de los enfermos como de sus familiares. (Sentencia de 18 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.856.)

7. ROBO

Considerando: Que ... el último motivo de recurso trata de la agravante de abuso de confianza (número 9.º del artículo 10 del Código penal), alegando que no basta la dependencia laboral, sino que ella sea medio para perpetrar el delito, y estando cometido el mismo en la Empresa, pero en otro distinto local de aquel en que trabajaba el procesado, no se dan los requisitos necesarios para apreciar esta agravación; cosa

que no puede admitirse y acogerse, pues el hecho probado dice que valiéndose de su condición de empleado de la Empresa cometió el delito, y por eso lo deduce que pudo hacer lo que hizo, esconderse a la hora del cierre, dirigirse al sitio oportuno para apoderarse de dinero y coger un destornillador que utilizó en sus maniobras delictivas, y aprovechándose así notoriamente de su pertenencia a la Empresa perjudicada para realizar el delito. (Sentencia de 9 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.798.)

#### 8. HURTO

Considerando: Que el abuso de confianza, agravatorio de la responsabilidad criminal, a que genéricamente se refiere el artículo 10, número 9.º, y específicamente el 516, número 2.º, del Código penal, tiene una condición eminentemente subjetiva, dada la superior culpabilidad y perversidad que el agente manifiesta, en la realización del designio criminal, al inhumildemente destruir, relaciones humanas de la más varia condición, enmarcadas dentro de la lealtad y la buena fe, absolutamente necesaria en el tráfico y en el desenvolvimiento de los contactos humanos, cuya normal utilización habría de esperarse con confianza, y que rompe el delincuente al aprovecharse, utilitaria y objetivamente, de las facilidades comisivas que la situación le depara, y por ello, de la ausencia o disminución de defensas, actuando prácticamente sin el riesgo que depararía un quehacer o *modus operandi*, ajeno a la situación de confianza, como si se tratara de un extraño.

Considerando: Que dentro de la confianza en el tráfico y de las relaciones comunitarias, de que se abusa por el agente, caben tanto las nacidas de los vínculos contractuales de la más amplia índole como de situaciones de mera dependencia, subordinación, sociales o meramente éticas, y también de vínculos profesionales, de colaboración o coparticipación de actividades, e incluso las situaciones debidas a la amistad en toda su gama, pero debiéndose aún llevar la protección a las más distantes relaciones que sin enmarcarse en tan laxas categorías, se hallen amparadas por costumbres o usos comunitarios, que incluso sin relación amical o de intimidad o de mero conocimiento se establecen fugazmente entre el agente y el perjudicado, y con mayor razón en supuestos de familiaridad, debidos a la permisión del disfrute más o menos cercano de una misma casa o de una misma habitación o local en la que la *fidelitas* surge, como situación de hecho irremediable o necesaria impuesta humana y socialmente para el adecuado desarrollo de los contactos intersubjetivos. (Sentencia de 8 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.793.)

#### 9. APROPIACIÓN INDEBIDA

Considerando: Que ... el procesado, agente de ventas de una entidad comercial, recibió de ésta el encargo de cobrar diversas facturas, relativas a pedidos servidos por su mediación hasta la cifra global de ... pesetas, para entregar después las cantidades totales recibidas en Caja, y en vez de efectuarlo de dicha forma, quebrantando inclui-

## JURISPRUDENCIA SOCIAL

bles deberes de lealtad y la confianza en él depositada, dolo específico del delito de apropiación indebida, dispuso de la cantidad aplicándola en atenciones propias; ... delito de apropiación indebida consumado ... desde el momento que dispuso en beneficio propio de las cantidades percibidas, importe de los recibos que cobró por cuenta y orden de su principal, realizando actos de disposición de las cantidades que no eran suyas. (Sentencia de 6 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.774.)

Considerando: Que es ya copiosa la doctrina de esta Sala tendente al adecuado encuadramiento de determinados hechos, bien en la figura delictiva de apropiación indebida (artículo 535 del Código penal), bien en la de hurto con abuso de confianza (artículos 514 y 516, número 2.º, del mismo Código), integrada, como más recientes, en las sentencias de 9 de marzo y 18 de noviembre de 1971 y 12 de junio del año actual, en las que ... se razona sobre este tema, destacándose que no comete hurto, y sí apropiación quien no emplea dinámica comisiva de sustracción, sino que incorpora a su patrimonio o hace suyo lo que recibió de alguna de las formas previstas en el artículo 535 del Código penal, aunque se trate de una posesión de los bienes precaria, transitoria y en nombre ajeno, ya que es en el instante de la indebida posesión cuando surge el quebrantamiento de la norma, que no es otra que la correspondiente al primer mentado delito, por ser entonces cuando se produce el ilícito desplazamiento patrimonial; y ... en el caso presente ... el procesado, en su calidad de camarero que atendía la barra de cierto establecimiento..., teniendo autorización para cobrar de los clientes las consumiciones que verificaban, se apoderó de distintas cantidades que por dicho concepto le abonaban los indicados clientes, esto es, aparece claro que facultado el procesado para cobrar, lograba la posesión del dinero a virtud de un título legítimo, sin apoderarse de él subrepticamente, limitándose a no darle el obligado destino —la Caja del empresario—, sino, antes bien, reteniéndolo para sí. (Sentencia de 4 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.766.)

Considerando: Que en el desarrollo de una administración, por amplios que fueran sus límites intrínsecos, se incurre en adueñamiento ilegítimo, si las cantidades de dinero, pertenientes a la entidad que se administra como presidente, y que para ello se recibe por enajenación de productos efectuados, en vez de contabilizarse, como resultaba obligado, incrementando el activo social, se distraen en beneficio propio no autorizado y, por ende, prohibido, pues la mera y continuada ocultación es negativa de haberlos recibido, y el adueñamiento personal, al margen de toda fidelidad al ente administrado, supone lucro propio y correlativo perjuicio ajeno, con la rotura de las obligaciones vinculantes de la mera posesión y del respeto a los bienes ajenos, y esto aun al margen del conjunto de operaciones de administración realizadas con otro sentido y normal actividad. (Sentencia de 9 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.799.)

Considerando: Que concediendo protección al derecho de propiedad el artículo 535 del Código penal a aquellos casos en los que otro se lucrara, apropiándose en su perjuicio de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, resulta obvio a la luz del intocable hecho probado ...

## TURISPRUDENCIA SOCIAL

que incurrieron en dicha figura delictiva los procesados recurrentes, cuando al cesar en sus cargos de director gerente y secretario gerente, respectivamente, de la Sociedad ..., aparecían veintitrés relojes valorados ... como entregados en depósito a uno de los procesados que, obrando de común acuerdo con el otro, vendieron algunos, quedándose ambos procesados con el producto de la venta, así como con los relojes no enajenados, consiguiendo un enriquecimiento injusto y quebrantando la confianza en ellos depositada por la entidad querellante a la que causaron perjuicio económico. (Sentencia de 15 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.837.)

### 10. CHEQUE EN DESCUBIERTO

Considerando: Que ... el procesado, consciente de la inexistencia de fondos en la cuenta corriente bancaria de que era titular, entregó a la Empresa a la que servía como empleado sendos cheques para saldar la cuenta pendiente que tenía con la misma, a consecuencia de haber retirado diversas cantidades de la Caja de la propia entidad, talones que no se hicieron efectivos ante la prenotada carencia de numerario; ... y se argumenta en el sentido de que existían entre ambas partes operaciones de índole civil, más un contrato laboral, con el consiguiente complejo de relaciones económicas...; argumentos estériles ... pues bien claro consta que sin más vinculación con operaciones civiles o laborales que posibilitarle éstas el acceso a la Caja, requerido el procesado por la Empresa para que pagara las cantidades que había retirado, entregó con esa finalidad los cheques, siendo, pues, pura elucubración, sin base ni indicio alguno en la sentencia impugnada, el que relaciones de otro tipo o especie se interfieran, desnaturalizando los hechos. (Sentencia de 28 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 5.231.)

### 11. IMPRUDENCIA

Considerando: Que ... consta probado ... que la instalación eléctrica no reunía las condiciones mínimas de seguridad exigibles para este tipo de instalación, por ostentar deficiencias que podrían determinar cualquier tipo de descarga mortal, aseverándose que la descarga eléctrica que determinó la muerte de un obrero fue debida al deficiente estado de la instalación eléctrica, que daba fuerza y luz a los aparatos con los que éste trabajaba, con lo que queda establecida la relación causal y la imprudente conducta del procesado que como primordial obligación debía cuidar que ésta funcionase de tal forma que no pusiera en peligro la vida y salubridad de los trabajadores encargados de los sondeos, ya que estaba encargado del montaje, revisión y entretenimiento de la citada instalación; y al omitir las precauciones más elementales de seguridad, que hubiesen evitado el fallecimiento referido, cuyas deficiencias debía conocer y conocía por haber recorrido, por deber hacerlo, la zona de sondeo donde se hallaba la torre de perforación, cuyas deficiencias creaban un estado latente de peligro, que en cualquier momento podía ponerse, como se puso, en actividad, y el que pudo evitar substituyendo cuanto fuera preciso, cosa que estaba a su alcance por sus misiones específicas. (Sentencia de 14 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.826.)

Considerando: Que en la construcción de una obra intervienen muy distintas personas, unas en función directiva y técnica, otras en funciones de material ejecución de la obra, sin que las posibles responsabilidades de los técnicos en todos los aspectos de la construcción, incluso las normas de seguridad en el trabajo excluyan las responsabilidades de los que dirigen la material ejecución, y a la inversa; se trata en materia de seguridad de responsabilidades conjuntas, como evidencian ... las normas legales... Así, la Reglamentación de la Construcción de 11 de abril de 1946 exige en el artículo 8.º a los técnicos directivos la «responsabilidad del personal que trabaje en la obra», lo cual es enteramente lógico y racional porque el ordenar las medidas de seguridad que deben adoptarse y mantenerse dentro del curso de la construcción exige en muchas ocasiones conocimientos técnicos que exceden de los que pueden tener los meros ejecutores, bien sean encargados o subalternos, que deben limitarse a cumplir lo ordenado por los técnicos. Por su parte, el artículo 1.º del Decreto de 16 de julio de 1935, no excluye las obligaciones del aparejador en todas las facetas de la construcción, cuidándose, por el contrario, de expresar bien a las claras los conjuntos deberes de los arquitectos, aparejadores y del contratista o constructor práctico, pues el artículo 2.º precisa el deber de los aparejadores de inspeccionar con «la debida asiduidad» la obra, y se le exige que sea responsable de que se observen las «buenas prácticas de la construcción» sin que pueda admitirse que de estas «buenas prácticas» se excluyan las relativas a la seguridad en el trabajo verdaderamente esenciales en el proceso constructivo de obras. En este artículo se establece graduación de deberes: el arquitecto debe dirigir en líneas generales todos los aspectos de la obra, pero la permanente y asidua vigilancia incumbe, en primer término, al aparejador, y en cuanto a la material ejecución, al encargado de obras; ... apareciendo indudable que aun encargado de obras según el Reglamento del Trabajo de la Construcción debe exigírsele que se lleven a efecto según la *lex artis*, pero además cumpliendo los preceptos reglamentarios que por su dedicación deben conocer; pero ello no supone ni implica que exonere de responsabilidad al constructor de la obra que actúa directamente y que por serlo tiene más intensa obligación de vigilar la ejecución de los trabajos y la forma de verificarlos, y mucho más el aparejador de obras sometido a la alta dirección del arquitecto, viene superlativamente obligado a dar las pautas necesarias para que las operaciones se realicen cumpliendo las precauciones y normas cautelares que los preceptos del Reglamento de Seguridad en el Trabajo de la Construcción exigen y requieren. (Sentencia de 25 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 5.216.)

Considerando: Que la imprudencia surge de la omisión del deber de cuidado impuesto a los hombres en la vida de relación humana o en sus ocupaciones, que originando una situación de peligro, produzcan un resultado dañoso, debiendo en su valoración de ponerse de cuenta de las diversas personas que contribuyan coeficientemente en la omisión de tales deberes, sólo aquellos incumplimientos de prudencia, que a cada uno personalmente se deban, pero no todos los de los demás, si el actuar fue diferente en su dimensión, y de cargo de cada individualidad se hallaban adscritas conductas distintas, que principal o favorecedoramente operaban dentro de la relación causal, forjando el resultado, lo que habrá de precisarse para establecer el alcance



cualitativo de cada culpa, permitiendo conocer la especie de la misma aplicable, si grave, simple, antirreglamentaria o leve para cada uno de los plurales sujetos contribuyentes al evento, en diversa forma. (Sentencia de 27 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 5.222.)

Considerando: Que ... se arguye infracción del artículo 14, número 1.º, en relación con el 565, párrafo segundo del Código penal, por la consideración de que el procesado como trabajador al servicio de una Empresa no le incumbía el cumplimiento de normas para la seguridad en el trabajo, por no tener facultades decisorias, y porque el obrero fallecido no dependía de la Empresa en la que trabajaba él; pero habida cuenta que era encargado general de la obra, con dotes de mando y conocimientos suficientes de las labores que en ellas se realizan, poseyendo o debiendo poseer conocimientos suficientes sobre prevención de accidentes, según definición que de su cargo da el artículo 11 de la Orden de 11 de abril de 1946, modificada por la de 8 de febrero de 1951, siendo, pues, inconcuso que le correspondía la adopción de medidas de seguridad para evitar accidentes, y entre ellas, a tenor de los artículos 2.º y 11 del Reglamento de Seguridad de Trabajo de 20 de mayo de 1952, la de protección de huecos y aberturas en la forma señalada por el último precepto, incuestionable es, asimismo, que la falta de esa protección en los huecos para uso de los ascensores en su día, causa de que por uno de ellos cayera el obrero y se produjera la muerte, es imputable al recurrente como encargado general, y la omisión de ese deber de cuidado exigible en todo caso, ya fuera la víctima trabajador de su Empresa o no, le convierte en autor del delito culposo que por lo acaecido se entiende cometido. (Sentencia de 4 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.261.)

... la impericia de carácter profesional ..., según doctrina de esta Sala, muy reiterada y constante, necesita ser acreditada de modo indispensable, como en toda circunstancia agravante distinta de la imprudencia punible, y la agravación sólo se da cuando el acto profesional revela torpeza o descuido inexcusable del profesional. (Sentencia de 12 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.313.)

## 12. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Considerando: Que por lo que el artículo 22 del Código penal se refiere, de su texto y de constante doctrina de esta Sala, se deduce claramente que la responsabilidad civil subsidiaria que consagra, exige para su aparición a la vida del derecho de los siguientes requisitos: 1.º Comisión de un delito o falta de los que traen acarreada la responsabilidad civil correspondiente. 2.º Insolvencia del autor de la infracción punible, esto es, la carencia de los bienes económicos y patrimoniales suficientes para hacer frente a aquella responsabilidad civil. 3.º Que el sujeto del delito sea criado, discípulo, oficial, aprendiz, empleado o dependiente de otro. 4.º Que en correlación con el anterior requisito, este otro, sea amo, maestro, personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria. Es de advertir que la enumeración que

a estos fines hace el Código a que se refieren el número 3.º y 4.º del presente considerando no es exhaustiva, ni cerrada, ni que la palabra industria debe tomarse en sentido restrictivo, de actividad de transformación de productos naturales, sino que se emplea en sentido tan amplio que abarca el comercio, y en general cualquier actividad de tipo lucrativo, explotación o beneficio. 5.º Que tal delito o falta sean cometidos por los sujetos comprendidos en el apartado 3.º u otros semejantes «en el desempeño de sus obligaciones o servicios». La doctrina jurisprudencial viene matizando este último requisito, que es el que ordinariamente plantea más problemas ante los Tribunales, con su sentido claramente objetivo, exponiendo que el desempleo de las obligaciones y servicios tiene un sentido amplio, incluyendo aquellas actuaciones que redunden en beneficio, provecho o utilidad del principal, aunque no sean de estricto sentido laboral, o jurídico, o tengan condición de permanencia, sean gratuitas o retribuidas siempre que se desarrollen en la amplia esfera de la obligación o servicio desempeñado, con los instrumentos normales y habituales del trabajo, aunque en el mismo se cometan ligeras extralimitaciones, con tal que no se desorbiten tanto por el favorecimiento exclusivo de Empresas extrañas, como por el solo y personal provecho y utilidad del delincuente, sin beneficio alguno, ni aún potencial, del principal, que si lo recibe ha de estar, naturalmente, a las incomodidades nacidas de aquella actividad. (Sentencia de 7 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.291.)

Considerando: Que de la dogmática penal positiva se deriva, con evidencia, el principio no expresado directamente en ella, de que sólo el hombre individual es el sujeto activo del delito, y único responsable de los hechos criminales, por lo que las personas morales —meras ficciones del derecho o entes con existencia real—, aunque posean conciencia y voluntad corporativa de gestión y dirección, autónoma y diferente de sus miembros individuales componentes, no son como tales organismos responsables ante el Derecho penal común —al margen de los delitos de corporación de matiz extrapenal—, porque no existen normas que directamente la declaren y que revocaren el dogma romano *societas delinquere non potest*, consagrado por la tradición jurídica, y porque aunque puedan materialmente realizar la acción dinámica criminal, no poseen capacidad de culpabilidad, al faltarle unidad de conciencia y de voluntad, ya que aquélla, al igual que su previo componente de la imputabilidad, sólo puede ser personal e individualizada, careciendo también de capacidad para la punición, por razón del principio de la personalidad de la pena, que no permite el reproche sancionador por hecho ajeno, puesto que dentro de la técnica y del dogmatismo penal no se consiente la imposición de la pena sin subjetiva culpabilidad, ni sanción sin personalidad, por lo que, en conclusión, se refuerza el axioma de que la atribución culpabilística y sancionadora sólo resulta adecuada para la persona individual.

Considerando: Que a pesar de lo expuesto la necesidad de sancionar a los hombres culpables y de eludir peligrosas impunidades, y atendiendo la pragmática realidad, que manifiesta con harta reiteración la Comisión de infracciones, para satisfacer intereses colectivos, con medios propios, desarrollada, por esos consorcios de fuerzas socio-económicas o personas jurídicas, en sus más amplias manifestaciones corporativas, asociativas o fundacionales, tan desarrolladas en la vida comunitaria, ha producido la inde-

clinable y justa consecuencia de que si bien como «universitas» por lo ya argumentado, no puede ser corporativamente sujeto activo del delito, se tenga que personalizar la conducta infractora, en los miembros componentes de sus órganos de manifestación, o lo que es lo mismo, en las personas físicas, que integrando la sociedad posean expresas y directas facultades de dirección, gestión, representación, administración o simplemente impulsen el comportamiento de la persona moral en dirección punible, estando de su cuenta unitaria o conjuntamente las acciones u omisiones delictuales, tendentes a beneficiar su interés o a realizar fines sociales con medios administrados por el ente, pues en estos individuos concurren los elementos esenciales de la imputabilidad moral y culpabilidad, por lo que a la postre se concentra la responsabilidad criminal en las personas que asumen en un momento dado la representación del ente social, y por su quehacer funcional se genera la estridencia antijurídica penal.

Considerando: Que a tal fin de determinar esa responsabilidad individual dentro del órgano social, es indispensable conocer la persona que posea su dirección, gerencia, representación o administración, de acuerdo siempre con la clase de entidad de que se trate, sus estatutos y régimen legal, y la precisión de qué miembro de sus órganos tiene las facultades representativas que se manifiesten precisamente en dirección punible, y el comportamiento de cada uno de ellos, si son varios o tienen divididas las atribuciones, dentro de la gestión social, lo cual resulta frecuentemente difícil de esclarecer, dada la diversidad de entes sociales, y su régimen distinto estatutario o legal; sin que nunca pueda hacerse una atribución generalizada, cuando existan varios gerentes de la Sociedad, y sólo a uno de ellos le competen las facultades directivas que puedan constituir el hecho delictivo, sino consta que los demás la autorizaron o consintieron, beneficiándose conscientemente con ella, pues de hallarse dividida la representación y gestión funcional, y sólo en una de ellas manifestarse el delito, no cabe presumir la de todos los directivos ajenos a él, lesionando el principio *pro reo*, y la norma humanista de la interpretación *in bona partem*, que no admite peligrosas extensiones dentro del campo penal, con agravio del derecho personal a la inocencia siempre presumible.

Considerando: Que ... el procesado sólo estaba encargado de la gestión de ventas de la Sociedad, sin intervenir en la fabricación y elaboración del producto, que correspondía a personas no determinadas directamente ... por lo que, aunque la persona jurídica pudiera ser responsable, en principio, del cambio en la calidad de la sustancia suministrada, a medio de la precisión de las personas individuales que directamente la representaren en su actuación externa y defraudatoria, es lo cierto que al negarse categóricamente ... que el inculcado tuviera noticias o conociera la adulteración del producto, por no intervenir en la fabricación y sí sólo en las ventas, no puede establecerse su responsabilidad penal, por caer fuera de su misión la ejecución de aquel hecho, y desconocer su existencia, faltando en un lado la representabilidad social directa a los efectos dichos, y de otra la atribuidad culpabilística, por ausencia radical del dolo, en cuanto al elemento cognoscitivo de la antijuridicidad de la acción y al volitivo de llevarla a cabo. (Sentencia de 2 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.255.)

Considerando: Que la responsabilidad civil, originada por el delito y por la indotación económica del delincuente, se traslada subsidiariamente a personas individuales o jurídicas, ajenas a la realización del hecho criminoso, porque así lo dispone el artículo 22 del Código penal, en estimación objetiva de responsabilidad sin culpa, o *in re ipsa*, que por ministerio de la ley se presume inatacablemente, y aunque dicha norma no designa *nominatim* al Estado, Provincia o Municipio, sin embargo esta Sala no ha dudado en señalar su responsabilidad civil subsidiaria por referirse a ella suficientemente las expresiones amplias, de «entidades», «organismos» y «empleados», pues siendo capaces de obligarse, responden civilmente, sin privilegios, al actuar como personas jurídicas en los servicios que administran, máxime cuando la razón de su responsabilidad se produce al margen de postulados de criminalidad, pues no deriva de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino del simple hecho material, del quehacer provechoso del agente para el patrono —*cuius commoda eius incommoda*—, que es natural se compense con los perjuicios que origine, lo que permite abarcar cuantas situaciones de hecho se produzcan en tal sentido y afecten a dichas Corporaciones de Derecho público, como sin reparo viene estableciendo la doctrina de esta Sala, que elimina así, con esta estimación, el obstáculo derivado de una fundamentación con base penal o cuasi-criminal, que dificultaría la solución.

Considerando: Que no puede impedir la responsabilidad civil subsidiaria de las Diputaciones, el artículo 1.903 del Código civil, párrafo 5.º, porque su dicción literal se refiere exclusivamente al Estado y no puede ampliarse a otros organismos, aunque sean de Derecho público, como aquellas entidades, por tratarse de un privilegio, que limita sus efectos al supuesto exclusivo de que el Estado obre por agente especial; pero es que, además, dicha norma, como reliquia de la acción noxal romana, permite exigir la responsabilidad por hecho ilícito de otra persona, y aunque de aquel precedente remoto deriva también la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22, es lo cierto que su común procedencia no las confunde, al tener diferente alcance, pues el artículo 1.903 establece una responsabilidad directa, extracontractual, que se fundamenta en una presunción de culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la Corporación o principal, y que actúa sobre la culpa *in operandi* del empleado o servidor, como cree la doctrina y la Sala 1.ª del Tribunal Supremo —sentencias, entre otras, de 25 de octubre de 1966, 3 y 11 de mayo y 16 de noviembre de 1967—, mientras que el artículo 22 del Código penal decanta una responsabilidad subsidiaria, pues sólo se establece para el caso de que el delincuente sea insolvente y no satisfaga la cantidad fijada, tratándose de una responsabilidad objetiva, ya que a la Corporación o patrono no se le autoriza realizar prueba alguna que se dirija a determinar su diligencia, cuidado o acertada elección —sentencia de 10 de febrero de 1972—, debiendo, por lo demás, de advertirse que la distinción del artículo 1.903 del Código civil entre funcionario especial y general ha desaparecido en la ley de 26 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en que en todo caso considera sus actos en las relaciones de Derecho privado, como propios de la Administración, en su artículo 41, proclamando con un criterio amplio y generoso, en el artículo 40, que el Estado está obligado a indemnizar toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, siempre que aquélla sea consecuencia del «funcionamiento normal o anormal» de:

los servicios públicos, con lo que se establece normativamente una responsabilidad objetiva, al margen de toda antijuridicidad de las conductas, bastando fijar para desencadenar, la relación causal entre el acto administrativo y el daño ocasionado, sin otros condicionamientos.

Considerando: Que no evita la responsabilidad de segundo grado el artículo 22 del Código penal para las Diputaciones, el artículo 382 del Reglamento para la Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, al determinar que «la responsabilidad civil subsidiaria de dicho artículo 22 se entenderá aplicable a la Administración local siempre que actúe como persona jurídica privada», pues al margen de la inmodificabilidad del contenido de aquél, por una norma meramente reglamentaria, dado su carácter prevalente y de superior rango, y dejando a un lado también la confirmación innecesaria de algo que se comprende en el artículo 22 sin excluir otras hipótesis, para lo que resultaba preciso expresa dicción prohibitoria directa, es lo cierto que cuando los empleados o funcionarios de las Diputaciones actúen en el ejercicio de su función, en relaciones con el público, para la satisfacción de pagos de los que éste es acreedor, operan en relaciones de estricta condición privada, y no como poder público, porque satisfacen una contraprestación de contrato o servicio, que no merece otra calificación a la luz del buen Derecho.

Considerando: Que la responsabilidad civil subsidiaria, del tan citado artículo 22 del Código penal, en general, para existir, requiere: 1. Una persona, Empresa, Entidad o Corporación, por razón de la que se actúe el servicio. 2. Un servidor, empleado o funcionario, que en relación de dependencia, o empleo, directa o indirecta, esté ligado a su principal, con nexo intersubjetivo, tanto de condición jurídica o laboral como de mero ocasional ligamen, siempre que haya actuación por cuenta del *dominus*, y con posible utilidad material, o sin ella, al bastar la espiritual o moral, y bien el vínculo sea permanente o accidental, retribuido o gratuito. 3. Que el subordinado actúe en la esfera de su servicio o cometido cuando realice el delito.

Considerando: Que la extralimitación funcional o servicial, que elimine el tercer presupuesto acabado de indicar, presente el problema de si la actuación irregular o indebida del subordinado, rompe sin más la relación indicada y evita la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria, a cuyo fin, de conformidad con la última posición doctrinal de esta Sala, de la que son exponentes sus sentencias de 2 de julio y 19 de noviembre de 1971, es preciso establecer que por el mero hecho de que el subordinado efectúe un delito, no puede afirmar sin más que se extralimite, impidiendo decretarse la responsabilidad de estudio, porque el obrar ilícito rompería la relación de servicio, ya que si así fuera y se admitiera esta posición, jamás se podría exigir el cumplimiento del artículo 22 del Código penal, porque precisamente deriva de la existencia del acto criminoso, haciéndose inútil o estéril la institución, por tenerse que exigir un consorcio criminal doloso o un consentimiento en la culpa, entre el principal y el empleado, que originaría el nacimiento de obligaciones solidarias por alcanzar la responsabilidad penal a la Entidad o Corporación también, debiendo de repudiarse una hermenéutica tan distinta del espíritu humano que informa el citado artículo 22 del Código penal, para hacerlo viable, y debiendo de adoptarse una dúplice manera de interpretarlo: de un lado, poniendo el supuesto de que el empleado o subordinado actúe

como extraño, totalmente al margen, de la relación que le vincula con el principal, para realizar el hecho delictivo, en «acto de baratería» desligado completamente de su quehacer funcional, en cuya hipótesis ha de estimarse que se halla ausente el desempeño de los servicios o deberes que tenía a su cargo, y de otro, ponderando la actuación extralimitadora, que rebasa sus obligaciones, y que constituya el delito, porque actuando dentro del cumplimiento de aquéllas se exceda en dirección criminal, con un arranque lícito que deviene en ilícito por continuidad y crecimiento, en cuya hipótesis, actividad servicial y crimen, se aunan y asimilan, sin que pueda asegurarse que el agente al realizar el delito se colocare fuera del servicio, máxime si se parapeta en él y actúa con apariencia jurídica, para los terceros, que creen de buena fe en la existencia de la *relación funcional*, y que es precisamente el supuesto de funcionamiento anormal, a que se refiere el artículo 40 de la ley Régimen jurídico de la Administración del Estado, antes invocada, para decantar su responsabilidad con un principio general, que sirva para extenderlo al ámbito de la responsabilidad de las demás Corporaciones públicas.

Considerando: Que por la efectividad de toda esta doctrina ha de concluirse la imposibilidad de acoger el recurso de casación articulado ..., porque del hecho probado ... se deduce que el condenado, que prestaba sus servicios en la sección de pagos de la Diputación, cuando satisfacía a los acreedores de ésta los libramientos que cancelaban las deudas con ellos mantenidas, les cobraba diversas cantidades por el concepto de sellos de la Mutualidad, timbres provinciales, etc., los que ponía en cantidad inferior a la que percibía o excedía el cobro de descuentos por el concepto de utilidades, quedándose con dichas cantidades excesivas en numerosísimos casos, desarrollados en más de siete años y con miles de personas, llegando a percibir más de ... , pues calificado el hecho —con mayor o menor pureza técnica...— como de apropiación indebida, del artículo 535 del Código penal, no puede dudarse que la Diputación responda subsidiariamente de la cantidad indicada, en lo que no estuviere renunciada, toda vez que: a) La misma se halla incurso dentro del artículo 22 como «entidad» u «organismo», según la interpretación doctrinal al ingreso realizado, que responde ante la insolvencia del delincuente, funcionario suyo, sin que pueda aplicarse el artículo 1.903 del Código civil dado para otros supuestos, de responsabilidad por hecho de otro, y referido al Estado únicamente a la vez que prácticamente sin contenido por los artículos 40 y 41 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, como se estableció, y sin que lo dispuesto en el artículo 382 del Reglamento de la Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, influya como se razonó en el artículo 22 del Código penal, ni en el caso concreto tuviera, en otro supuesto, eficacia, porque al pagar el funcionario a los acreedores de la Diputación, obraba en indudable relación de Derecho privado, cumpliendo la obligación solutoria que con ellos mantenía, estándose precisamente en el supuesto que aquel artículo 382 quiere declarar. b) El condenado era funcionario de la Diputación, que obraba en su beneficio y en el ejercicio de su función, como pagador de los acreedores de la Corporación, no actuando, por lo tanto, en absoluto fuera del servicio al realizar los abonos, sino en su estricto cumplimiento, y si engañaba a aquellos en el alcance de los descuentos por timbres y sellos, o de las utilidades que debía recibir la Diputación, excediéndose en su alcance.

## JURISPRUDENCIA SOCIAL

con cuyo exceso se quedaba, es evidente que en parte cumplía para con la Diputación, en el percibo de los descuentos válidos, y en parte se extralimitaba, pero como obraba como funcionario, dentro del cumplimiento de deberes propios de pagador y recaudado no se comportaba como un ajeno, desligado del servicio, sino dentro de él, lícitamente primero y desorbitada y antijurídicamente después, pero en función de continuado crecimiento, y con apariencia jurídica de normalidad, que aboca a no estimar rota la relación entre la Corporación y el funcionario, y a declarar de cuenta de ella... la responsabilidad civil subsidiaria, como lo demuestra a su vez el largo tracto de actuación, que supone buena fe en el particular, de que se entendía con el representante leal del servicio público, en dirección privada realizada. (Sentencia de 20 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 5.025.)

### 13. CUESTIONES PROCESALES

Considerando: Que ... conviene afirmar y sostener la doctrina reiterada por esta Sala ... sobre el problema que el recurso de casación está concebido para la defensa de derechos propios y personalísimos, sin posibilidad de admitir, en forma alguna, la defensa de derechos ajenos, cuya titularidad corresponde a personas cuya representación no se ostenta. Y en aplicación de esta doctrina general el Tribunal Supremo ha concretado que carece de legitimación, para impugnar la responsabilidad criminal del condenado, el responsable civil subsidiario, por resultar persona distinta, responsabilidades distintas y extremos del fallo diferentes los que tienen que combatir, y ello aunque de la responsabilidad penal de aquél pueda derivar, y derive, su obligación indemnizatoria. (Sentencia de 14 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.833.)

Considerando: Que ... las declaraciones de los organismos de Trabajo sobre infracciones y las sanciones que, en definitiva, puedan imponer no vinculan a los Tribunales de Justicia, quienes atendiendo a las pruebas practicadas y oídas las alegaciones de las partes declaran cuáles son los hechos que, a su juicio, resulten probados, sin otra limitación al respecto o freno que su conciencia. (Sentencia de 4 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.261.)

... el director de una Residencia Sanitaria de la Seguridad Social ... no es considerado como autoridad pública dentro de la institución, por no ejercer una función netamente inspectora de la Seguridad Social, sino cargo de simple gestión hospitalaria, condición de autoridad pública, cuyo pronunciamiento queda reservado en cada caso debatido al Tribunal competente. (Sentencia de 22 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.529.)

SALA III

I. LEGITIMACIÓN

Considerando: Que para impugnar una disposición general en recurso directo es preciso la legitimación Corporativa, que no sólo exige que quien interponga el recurso tenga la facultad de representar en juicio a la Corporación, sino, además, se requiere el previo acuerdo de ejercitar la acción, es decir, voluntad Corporativa elaborada por el órgano correspondiente, pues no se puede confundir la facultad de representación con la de atribución de la acción o voluntad de ejercitar la acción como recurrente, decisión ésta que dentro de la Organización Sindical ... corresponde al Sindicato; por tanto, la acción a quien le está atribuida por el artículo 28-b) de la ley de la Jurisdicción para interponer el recurso directo contra la Orden de 12 de marzo de 1971 es el Sindicato Nacional del Espectáculo por ser Corporación de derecho público con plena personalidad jurídica, reconocida por la ley para que pueda actuar en defensa de los intereses generales de todos sus asociados, que precisa de un acuerdo previo en tal sentido adoptado por el correspondiente órgano de Gobierno de dicho Sindicato, adoptado conforme a sus Estatutos o normas orgánicas vigentes a la fecha de la interposición; ... pues el presidente sólo está legitimado para representarlo en juicio y otorgar las pertinentes escrituras de poder a procuradores, pero no para ejercitar acciones por su propia iniciativa, y no es válido confundir su decisión con la voluntad corporativa; el proceso de elaboración de éste necesita el acuerdo o conformidad del correspondiente órgano de gobierno; el acuerdo tiene que ser un acuerdo social y al presidente sólo le corresponden las funciones de alta dirección y presidir los órganos de gobierno, así como la ejecución de sus acuerdos y la representación legal del Sindicato, de conformidad a cuanto dispone la vigente ley Sindical, sin que a lo ya expuesto pueda oponerse que en la fecha en que fue interpuesto el presente recurso no se hubieran aprobado y ajustado a la nueva ley los Estatutos y Reglamentos reguladores de la vida corporativa del Sindicato Nacional del Espectáculo, porque en tal supuesto, previsto en la disposición transitoria 1.ª de la ley Sindical, mantendrán su vigencia las normas orgánicas y de funcionamiento anteriores, es decir, la ley de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940, que exigiría el previo acuerdo de la Junta Central Sindical compuesta por representantes de las diversas Secciones que integraban el Sindicato, pues los posibles agravios de tipo general que las disposiciones administrativas puedan inferir a los intereses que los Sindicatos Nacionales representan y defienden la impugnación directa de una disposición general, exige la conformidad o acuerdo de la Junta Central del Sindicato tal como lo estableció la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 1967. (Sentencia de 2 noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.269.)

Considerando: Que el artículo 2.º, apartado D, del Decreto de 31 de enero de 1963, que reorganiza el Consejo General de la Abogacía Española, establece, entre las funciones de dicho Consejo General, la de promover, en defensa de los derechos de



los colegiados, las acciones y recursos que proceden ante la autoridad y jurisdicciones competentes, e incluso ante este Tribunal Supremo, mientras que en la norma 6.<sup>a</sup>, apartado c) de la Orden de 28 de febrero de 1964, dictada para el funcionamiento del Consejo General, se configura a su presidente como representante del mismo y órgano ejecutivo de sus acuerdos, no autorizándosele en la referida norma ni en otras de la expresada Orden, para acordar, por sí mismo, el ejercicio de las acciones judiciales en defensa de aquellos derechos.

Considerando: Que como en el caso actual el poder general para pleitos que utiliza el procurador interviniente, le es conferido por el presidente del Consejo General, sin hacerse en él mención alguna del acuerdo cooperativo de interposición del recurso —acuerdo cuya existencia tampoco se acredita en ningún momento de las actuaciones— es visto que el referido Consejo General no se halla, en estos autos, debidamente representado por la ausencia de tal requisito...

Considerando: Que en este mismo sentido una constante jurisprudencia de esta Sala —sentencias, entre otras muchas de 16 y 27 de abril y 15 de noviembre de 1968, 31 de enero y 6 de marzo de 1970 y 4 de mayo y 3 de diciembre de 1971— ha determinado reiteradamente el criterio de que para accionar en nombre de un ente colectivo, es preciso demostrar la existencia de un previo acuerdo del órgano correspondiente, con competencia para adoptarlo con arreglo a las pertinentes normas y cuyo acuerdo debe ser expresivo de la voluntad social de impetrar el auxilio jurisdiccional para la adecuada defensa de los derechos de la colectividad. (Sentencia de 18 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.466.)

Considerando: Que como en el caso actual el poder general para pleito que presenta el procurador interviniente le es conferido por el jefe de la Junta Rectora de la Cooperativa actora, sin hacerse en el expresado documento... mención alguna del acuerdo social de interposición del recurso —acuerdo cuya existencia tampoco se demuestra en ningún momento de las actuaciones, ni siquiera utilizando el trámite de la subsanación de defectos determinado en el artículo 129-1 de la ley Jurisdiccional— es visto que la referida Cooperativa no se halla en estos autos debidamente representada por la ausencia de tal requisito...

Considerando: Que en este mismo sentido una constante jurisprudencia de la Sala —sentencias, entre muchas, de 16 y 27 de abril y 15 de noviembre de 1968, 31 de enero y 6 de marzo de 1970 y 4 de mayo de 1971— ha determinado reiteradamente el criterio de que para accionar en nombre de un ente colectivo es preciso demostrar la existencia del previo acuerdo del órgano correspondiente, con competencia para adoptarlo con arreglo a las pertinentes normas y cuyo acuerdo debe ser expresivo de la voluntad social de impetrar el auxilio jurisdiccional para la adecuada defensa de los derechos de la colectividad. (Sentencia de 20 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.467.)

## 2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Considerando: Que ... aun reconociendo que la expresión «funcionario público» es de carácter polémico y anfibológico ..., una de las notas necesarias para delimitar su

concepto es la de hallarse la persona física en una relación de Derecho público con una Organización pública, de lo que se infiere que cuando esa relación —denominada también de empleo— no existe por haberse producido... el acontecimiento causante de la terminación de dicha relación —aquí el cumplimiento de la edad de jubilación o retiro—, el funcionario ha de cesar como tal ya que de permanecer en su puesto incurriría en el delito de *prolongación de funciones públicas*; siendo de advertir que la jurisprudencia de este Tribunal, en sus sentencias de 27 de mayo de 1963, 14 de febrero de 1966 y 28 de noviembre de 1967 precisa detalladamente la noción de que se trata —más que la sentencia de 3 de febrero de 1956, citada en autos, que se limita a aceptar el concepto penal de funcionario que en el artículo 119 del Código punitivo se consigna, más bien de índole vectorial o finalista, de la participación en el ejercicio de funciones públicas—, al decir que son funcionarios los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las plantillas y perciben sueldos con cargo a las consignaciones de personal, ninguno de cuyos requisitos concurre evidentemente en el supuesto enjuiciado; debiéndose señalar que el mero percibo de la pensión de clases pasivas que se otorga al que fue funcionario —en tiempo pasado— en consideración a los servicios prestados, no puede por sí mismo en modo alguno conferir la condición actual de funcionario —en tiempo presente— a efectos administrativos, como tampoco la confiere, como es obvio, a efectos civiles o penales. (Sentencia de 7 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4-344.)

### 3. SEGURIDAD SOCIAL AGRARIA

#### a) *Hecho impumible*

#### b) *Competencia*

Considerando: Que no puede compartirse la tesis ... de que la Empresa agraria viene referida en la ley de 31 de mayo de 1966, a quien la titula jurídicamente, y que existe por sí misma y por la sola razón de esta titularidad, sin contar el que, para su explotación se ocupen o no obreros, así como que la cuota empresarial de la Seguridad Social está dirigida contra todos los registrados como sujetos pasivos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, ya que el artículo 46,3.º de la ley de Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y 24,3.º de su Reglamento, lo que dicen es que el importe global de la cotización empresarial así establecida se hará efectivo «inicialmente», es decir, en principio, «entre todos los sujetos pasivos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria en proporción a la base imponible de la misma que a cada uno corresponde», de donde claramente se ve que lo que esa norma establece es una simple presunción de que generalmente la titularidad de la Empresa agraria coincide con el sujeto pasivo de la contribución rústica y pecuaria, pero no que todo propietario de una finca rústica, forestal y pecuaria (sujeto pasivo de la contribución rústica) sea empresario agrícola (sujeto pasivo de la cuota de Seguridad Social agraria).

Considerando: Que según la normativa indicada los recursos económicos del Ré-

gimen especial Agrario de la Seguridad Social serán, aparte de las aportaciones del Régimen general de la Seguridad Social y del Estado: a) Las cotizaciones de los trabajadores por cuenta propia o ajena. b) La cotización empresarial (artículo 39 de la ley), lo que evidencia que las cotizaciones se fijan a base de la existencia de la dualidad empresario-trabajador, lo que confirma la exposición de motivos y todo el contexto de dicha ley; ahora bien, mientras ésta se cuida de determinar quiénes sean los trabajadores que quedan incluidos en la misma y los que quedan exceptuados, entre los que cabe resaltar «los comprendidos en el Régimen general» (artículo 2.º) y «el personal fijo no funcionario del Patrimonio Forestal del Estado y el personal dedicado a las actividades resineras» disposición final 9.ª, y anteriormente Orden de 18 de junio de 1947, y artículo 15 de la Orden de 3 de febrero de 1949, al referirse a los empresarios, no establece excepción alguna y sólo se limita a decir que «a los efectos de esta ley se considerará empresario a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que sea titular de una explotación agraria» y que «en cualquier caso, se reputará empresario a quien ocupe trabajadores por cuenta ajena en labores agrícolas» (artículo 4.º).

Considerando: Que la doctrina estima que la Empresa agraria actualmente es una realidad en sentido sociológico, pero no en sentido jurídico, y considerándola como una persona jurídica en formación, la define como la unidad de producción económica, constituida por el empresario y sus colaboradores --personal y trabajadores--, así como por la tierra y demás elementos organizados mediante los cuales se ejercita a nombre de aquél una actividad agrícola, ganadera, forestal o mixta; empresario, según el mismo sector doctrinal, es toda persona natural o jurídica que, teniendo el uso o disfrute de la tierra y demás elementos organizados en la explotación, lleva a cabo, en nombre propio, una actividad de cultivo, pecuaria, forestal o mixta, y explotación agraria es aquella unidad organizada según criterios técnico-económicos, formada por la tierra, sus pertenencias y accesorios, mediante las cuales el empresario ejercita en su propio nombre una actividad de las mencionadas.

Considerando: Que de lo expuesto ... resulta evidente que para la ley de 31 de mayo de 1966 la condición de empresario no viene referida en función de la titularidad dominical de la finca, sino de la de ser titular de una explotación agraria, y que para ser empresario agrícola es necesario tener u ocupar trabajadores por cuenta ajena en labores agrícolas, concretando cuáles son el artículo 7.º del Reglamento.

Considerando: Que el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 1971 abunda en lo dicho, y desde otro punto de vista añade «que en definitiva la fórmula de la Seguridad Social no es otra cosa que un contrato de seguro obligatorio por razones y finalidades de orden social, pero en el de lo que se responde, con arreglo al artículo 1.274 del Código civil, es de los daños que puedan causarse en los bienes o en las personas de los asegurados, por lo que en este aspecto si faltan bienes o personas, falta el elemento personal y, al propio tiempo, la causa ya que no existe la posibilidad de prestar el servicio en su concreción subjetiva, y así en este contrato, tanto por su naturaleza como por su misma finalidad es preciso que se dé el "binomio empresario-trabajador" y si éste no existe, no existe la relación patrón-trabajador».

Considerando: Que ... puesto que al resultar acreditado que el Ayuntamiento apelado no es empresario agrícola ni tampoco titular de una explotación agraria, ni resultar, en fin, posible legalmente la repercusión, en todo caso, de las cuotas de la Seguridad Social Agraria a los adjudicatarios o rematantes de los aprovechamientos forestales sometidos ya al Régimen general de la Seguridad Social que la disposición final 9.<sup>a</sup> de la ley de 31 de mayo de 1966 mantiene o reitera, y que el artículo 5.<sup>o</sup> del Reglamento de 23 de febrero de 1967 reproduce, por resultar tan sólo el Ayuntamiento copropietario de fincas catalogadas de montes de utilidad pública, y sometidas, en lo que se refiere a su explotación, a las disposiciones de la vigente ley de Montes, careciendo, por ello, de operarios propios en el monte en cualquier época del año, incluso en el momento de efectuarse los aprovechamientos, pues éstos se celebran mediante subasta pública y es el rematante —como empresario— quien procede a su corte, extracción, etc., empleando su propio personal, asegurado previamente a la Seguridad Social y por los que abona la correspondiente cotización; en base de todo lo cual la sujeción del Ayuntamiento referido al pago de la cuota debatida ... debe ser mantenida. (Sentencia de 27 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.321.)

Considerando: Que ... si al instaurar el nuevo sistema de la Seguridad Social Agraria se ha preferido servirse, para su efectividad, del mecanismo existente para la gestión de un determinado impuesto —la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria—, es no sólo porque dichas cuotas permiten actuarse en esas vías, como si fueran «recargos», sino porque el sistema permite disponer del procedimiento más adecuado y eficaz en la defensa de los contribuyentes: vía económico-administrativa y jurisdiccional después.

Considerando: Que en cuanto a lo primero, la técnica empleada ha consistido en «asimilar» las cuotas de la cotización empresarial, de la Seguridad Social agraria, a las de la citada contribución (artículo 46,4.<sup>o</sup> de la ley de 31 de mayo de 1966—, ahora bien, como no es imaginable que el legislador opere con las instituciones jurídicas sin un respeto, mínimo al menos, a las exigencias de la naturaleza de éstas, no es concebible que tal asimilación se haya hecho sin un previo conocimiento de la compatibilidad existente entre tales «Cuotas», lo cual exige, a su vez, que éstas no sean del todo heterogéneas, y no lo son, en el presente caso, porque si las cuotas de la Contribución Territorial son inequívocamente cuotas tributarias, por tratarse de uno de los impuestos más definidos y de más solera, en nuestro sistema tributario, las otras cuotas... de la Seguridad Social Agraria, si no reúne tales requisitos, sí, al menos, presentan la nota mínima de su carácter parafiscal y, por ello, el ser exacciones parafiscales, que es lo que les permite presentar una materia nuclear con afinidades suficientes para poder construir la «asimilación» decretada por el legislador.

Considerando: Que no se opone al carácter que acabamos de atribuir a la cuota en litigio, el hecho de que en el apartado 4.<sup>o</sup> del artículo 2.<sup>o</sup> de la ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958, se excluya de la aplicación de esta ley, entre otras exacciones, a «las cuotas y percepciones de la previsión social, seguros sociales obligatorios, Montepíos laborales y Mutualidades de toda clase», puesto que, como ha interpretado la doctrina, esta exclusión no implica un rechazo del carácter

de exacción parafiscal de estas percepciones, sino la distinción entre las tasas y exacciones sometidas al régimen general o común de dicha ley, y las sujetas a regímenes especiales, como ocurre con la debatida.

Considerando: Que no es correcto tratar de invalidar la anterior argumentación, con el razonamiento de que dicha «asimilación» se produce por la ley en forma muy limitada y restringida, sólo a efectos recaudatorios, pues aunque esto sea cierto, si la norma se contempla muy a ras de tierra («a efectos de que le sean de plena aplicación las normas y procedimientos recaudatorios de aquélla», refiriéndose a la tan citada Contribución Territorial, según reza la mencionada ley de 31 de mayo de 1966, en el apartado 4.º de su artículo 46), no debe olvidarse que el entronque de una cuota con otra es más íntimo que todo eso, por no corresponder sólo a una fase o a una incidencia del procedimiento general de gestión de la mencionada Contribución Territorial Rústica, sino que arranca desde el momento mismo de fijación de la cuota de la Seguridad Social agraria, al determinarse ésta «en proporción a la base imponible de aquella Contribución (artículo 46,3.º de la repetida ley de 31 de mayo de 1966), lo que ha venido a ser desarrollado por Decreto de 2 de febrero de 1967, que, después de repetir lo ordenado en ese texto legal, establece en su artículo 3.º que «la cuota correspondiente a cada empresario en el Régimen especial Agrario de la Seguridad Social consistirá en un 15,9 por 100 de las bases imponibles...» de tan citada contribución, fijándose para el primer período de reparto una vigencia de cuatro años, a partir de 1 de enero de 1967 (artículo 4.º).

Considerando: Que no sólo merece consideración este entronque íntimo de una cuota con otra, y el que, por tanto, toda la gestión de la de autos se realice a la vez que la de cuota de la Contribución Rústica, sino que, por consecuencia de ello, a ojos del contribuyente, el pago de la cotización patronal o empresarial por este seguro obligatorio, a favor de los trabajadores, viene impuesto con la autoridad, la espectacularidad, nos atrevemos a decir, y la coactividad, propias del procedimiento ordinario de los Tributos de la Hacienda Estatal; no es lógico, ni justo, por ello, el aprovechar todas las ventajas derivadas de una gestión tan expedita y autoritaria para luego, en la contrapartida del contribuyente, dejar a éste casi inane, desprovisto de los medios de garantía establecidos precisamente para conectarlos con esos procedimientos de gestión tributaria, de los que son una simple fase más.

Considerando: Que, en efecto, si toda la gestión de estas cuotas en litigio, o por lo menos, lo más importante de la misma, se realiza como una gestión tributaria, por parte de órganos de la Hacienda pública, la propia lógica interna del sistema impone, mientras no aparezca un texto legal expreso en contrario, primero, que el contribuyente pueda disponer de garantías para poder impugnar cualquier extralimitación en la determinación y cobro de las cantidades basadas en este concepto, aunque no sea más que por respeto a la cláusula general de protección del administrado, reconocida en el artículo 1.º de nuestra ley Jurisdiccional, artículo 42 de la ley Orgánica del Estado y artículos 17 y 36 del Fuero de los Españoles, y, segundo, que esos medios de garantía son los adecuados, puesto que, precisamente en el ramo de la Hacienda pública estatal existe toda una larga tradición de distinción y coordinación entre las actividades de gestión y de resolución de las reclamaciones que contra la misma se susciten,

lo que ha dado origen al nacimiento de los Tribunales Provinciales y Central económico-administrativos.

Considerando: Que lo expuesto se ve reforzado por la circunstancia de que en las normas básicas de la Seguridad Social agraria —ley de 31 de mayo de 1966 y Reglamento de 23 de febrero de 1967— no se ha previsto nada sobre un Régimen especial de garantías en esta materia; y si bien es cierto que en el texto articulado II de la ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, se atribuye en el número 2.º del artículo 1.º a la Jurisdicción del Trabajo, el conocimiento de los pleitos sobre «Seguridad Social», también es verdad que con ello se está pensando en las relaciones entre los elementos de la producción y las Entidades gestoras, con relaciones *inter privados*, dentro, claro está, del espíritu informante de todo el Derecho laboral, cuya clasificación, dentro de la clásica dicotomía «Derecho público-Derecho privado» es un tanto discutible; procedimiento laboral no instrumentado ciertamente para operar con él en la impugnación de actos administrativos, dictados por la Administración ejercitando una potestad que, por lo dicho anteriormente, puede considerarse como potestad tributaria.

Considerando: Que no enerva la tesis de la Sala el hecho de que en la ley de 22 de diciembre de 1970 y en el texto refundido de 23 de julio de 1971, sobre la Seguridad Social agraria, se inicie una tendencia dirigida a calcular las bases de estas cuotas sobre estimaciones propias, y no en función exclusiva y proporcionalmente matemática de las de la Contribución Territorial, puesto que, por un lado, estas disposiciones legales han entrado en vigor con posterioridad al momento al que pertenecen los acuerdos recurridos y, por otro, porque tal espíritu independentista sólo lo ha sido parcialmente, siguiendo, por lo demás, insistiéndose en la fórmula de encomendar la gestión recaudatoria a las Entidades que vienen recaudando la Contribución Territorial y aplicando los preceptos generales tributarios sobre recargo por apremio, intereses legales de demora y prescripción, y también porque nada se dice sobre medios impugnativos, anunciándose tan sólo (artículo 44.6.º del citado texto refundida, de 23 de julio de 1971) que «reglamentariamente se regularán las circunstancias y condiciones de esta recaudación».

Considerando: Que, como, además, la constitución de la Mutualidad Nacional Agraria —Orden de 17 de julio de 1968— no ha tenido hasta ahora influencia alguna en la gestión de la cuota empresarial, y como carecen de fundamento los intentos de asimilación de ésta a la cuota de cotización de los productores, de naturaleza, alcance y regulación dispar, por ello y por todo lo razonado hasta aquí procede confirmar el pronunciamiento sobre la procedencia de que las impugnaciones relativas a estas exacciones discurren a través de la vía económico-administrativa, y, en su caso, por la jurisdiccional contenciosa. (Sentencia de 16 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.136.)

Considerando: Que ... la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de octubre y 7 de diciembre de 1970, sostiene la doctrina de la competencia de los Tribunales económico-administrativos provinciales ... en relación ... con la exigencia por los Organismos de Hacienda a los ayuntamientos propietarios de montes públicos de la cuota empresarial de la Seguridad Social agraria, y así dice el Alto Tribunal que el artícu-

fo 46, párrafo 4.º de la ley de 31 de mayo de 1966, sobre Régimen especial Agrario de la Seguridad Social, viene a establecer que salvo los casos de exención de la contribución territorial rústica, la cuota empresarial para esa Seguridad Social se recaudará conjuntamente con dicha contribución por la Hacienda pública, de manera que queda asimilada a las cuotas de la misma a efectos de que sean de plena aplicación las normas y procedimientos recaudatorios de aquella contribución incluso en la fase de recaudación ejecutiva, siendo igualmente exigible, en su caso, el recargo por apremio y el interés legal de demora, y prescribiendo las cuotas empresariales cuando prescriban las cuotas del Tesoro con las que conjuntamente se han de recaudar. Desde el momento en que la referida cuota empresarial queda incorporada a la de la contribución territorial rústica y pecuaria y se publica en el correspondiente padrón para la exacción conjunta de ambas cuotas sin que pueda haber duda que la formación del padrón es un acto de gestión tributaria de la Administración, según el artículo 90 de la ley General tributaria, se perfila claramente la competencia del Tribunal económico-administrativo conforme a los artículos 1.º, apartado a) del párrafo 2.º en relación con el 44, párrafo 1.º del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, si bien esto no supone proclamar en términos generales la competencia de esos Tribunales para conocer de cualquier reclamación relacionada con la cuota empresarial de la Seguridad Social agraria, pues tal competencia habría de definirse en cada caso según el momento en que se produzca la reclamación en relación con el tracto generador de la citada cuota empresarial, hasta que se opere su incorporación a la de la Contribución Territorial Rústica. (Sentencia de 15 de diciembre de 1972. Ref Ar. 5.121.)

## SALA V

### CLASES PASIVAS

Como la ley de 4 de mayo de 1965, preceptúa, en su artículo 13, que las actualizaciones de pensiones se dispondrán a partir del 1 de enero de 1965, y, asimismo, se establece en su disposición transitoria primera, que los sueldos reguladores para la determinación de la nueva pensión, serán los alcanzados como tales reguladores, en virtud de disposiciones anteriores al 1 de enero de 1965, principio recogido literalmente en el artículo 13 de la ley 112, de 28 de diciembre de 1966, y en su disposición transitoria segunda, para las clases pasivas militares, tales normas indican, que cuando haya de ser actualizada la cuantía de la base, por aplicación de los coeficientes correctores legalmente señalados en los haberes pasivos, no es posible integrar el sueldo regulador, por conceptos distintos de los que sirvieron al funcionario retirado, antes de la fecha ya expresada del 1 de enero de 1965, para determinar su haber pasivo, y como en ella los premios de permanencia no tenían reconocimiento, por haber sido introducidos con efecto desde 1 de enero de 1967, por las disposiciones que los conceden, la Administración, obró conforme a Derecho al no computarlos en la actualización del sueldo regulador del recurrente. (Sentencia de 23 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.052.)

La situación de excedencia voluntaria, en la que se produjo la integración de la recurrente, al Cuerpo especial Administrativo, cuyo coeficiente reclama, sin haber prestado servicio ni percibido retribución alguna en el mismo, impide estimar la impugnación, deducida frente a las resoluciones denegatorias del cómputo, en la base reguladora de su haber pasivo, del coeficiente correspondiente al aludido Cuerpo, determinándola conforme a la última situación en activo, percibiendo las retribuciones del cuerpo auxiliar; toda vez que, según se razonó con acierto en la propuesta de abril de 1969, aceptada el 5 de mayo del mismo año, «al encontrarse en situación de excedencia voluntaria y no haber percibido en activo el coeficiente 2,3, éste no se le puede computar en la base reguladora, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 de la ley de Derechos pasivos, y dado que dicha situación no es ninguna de las que menciona el número 3 del citado artículo»; situaciones que, según expuso el Tribunal Económico-Administrativo Central en la resolución impugnada, son «distintas de la de excedencia voluntaria que se define en el artículo 45 del texto articulado de la ley de Funcionarios», y que, a tenor de lo alegado por el abogado del Estado, no «será computable a efectos de trienios ni de clases pasivas», según se dispone en el apartado 3.º de dicho artículo, contra lo establecido en el correspondiente del citado artículo 25 de la ley refundida de 21 de abril de 1966, acerca de que se tenga en cuenta los sueldos y trienios que hubiesen alcanzado los funcionarios que hubiesen permanecido en las situaciones de excedencia forzosa, excedencia especial o de super-numerario, «aunque por razón de su situación no se haya percibido en todo o en parte», excepción que confirma la regla, implícita en el primer párrafo del mismo artículo, relativa a que la suma del sueldo, trienios y pagas extraordinarias, integrante de la base reguladora, para la determinación de las pensiones, es la realmente percibida —como explícitamente expresa el párrafo 2.º— o disfrutada en activo por el causante, a tenor de lo preceptuado en el Estatuto de Clases Pasivas con referencia al sueldo regulador. (Sentencia de 26 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.060.)

En el supuesto que se enjuicia, la demandante interesó el otorgamiento de pensión de orfandad en escrito de 14 de julio de 1970, registrado de entrada en la Dirección General del Tesoro y Presupuestos el 16 del mismo mes, con motivo del fallecimiento de su madre ocurrido el 20 de marzo de 1965, la cual percibió hasta entonces la vitalicia de viudedad derivada de la defunción de su esposo, médico forense, que tuvo lugar el 2 de julio de 1956; y como entre el instante en que surgió su derecho al haber pasivo mencionado —20 de marzo de 1965— al de aquél en que dedujo su petición —16 de julio de 1970— habían pasado con exceso cinco años, obvio resulta, a la vista de las puntualizaciones legales expuestas, que el arranque de la pensión de orfandad aludida no podía retrotraerse al 20 de marzo de 1965, como defiende la representación de la recurrente, sino a raíz del 16 de julio de 1970, fecha de la presentación de la oportuna instancia (2.º considerando). Ante esa consecuencia evidente y clara, según patentizan los extremos consignados, carece de eficacia, para enervar aquélla, el doble argumento que se opone en la demanda con apoyo, de un lado, en que la solicitud cursada por dos hermanas de la actora el 2 de marzo de 1970, con idéntico fin, abarcaba a aquélla, y, de otro, en que, por analogía con el artículo 392 del Código



civil, el asunto planteado implicó una comunidad de bienes que permite a un partícipe actuar en beneficio de los restantes, porque, respecto del primer razonamiento, consta en las actuaciones administrativas que la citada Dirección General, frente a la petición de esas dos hermanas, requirió a la recurrente para que compartiese la pretensión de éstas, a lo que contestó que no tenía intención de que se incoara el expediente, aunque no renunciaba a los derechos que la correspondiese para ejercerlos cuando estimase oportuno; y porque, en segundo lugar, no cabe hablar de proindivisión en el reconocimiento y cobro de una pensión de orfandad que la ley previene ha de distribuirse en partes iguales, con perfecta individualización e independencia, y que aquí se precisaron desde el primer momento (3.ª considerando). (Sentencia de 28 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.065.)

La ley 103 de 28 de diciembre de 1966, que acomodó el Estatuto de los Funcionarios Civiles de la Administración Militar a la ley de Funcionarios Civiles del Estado, al establecer el artículo 2.º de la norma expresada, que los mismos, se regirían por los preceptos del texto articulado de 7 de febrero de 1964 y disposiciones complementarias y al ordenar el cambio legislativo, la disposición transitoria segunda refiriéndose a los Cuerpos de naturaleza administrativa, auxiliar y subalterna, declarados a extinguir con anterioridad a la ley, concediéndoles el derecho a optar entre continuar en el disfrute de sus derechos adquiridos, o el de integrarse en sus respectivos Cuerpos de nueva creación aplicándose a quienes se decidieron por esta segunda posibilidad, íntegramente el nuevo régimen de la función pública, como el resto de los funcionarios civiles del Estado, y por ello, la jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 2 de marzo, 27 de abril y 24 de junio de 1970, etc.— ha declarado que, a partir de ese momento quedaban sin efecto todas las antiguas asimilaciones de funcionarios civiles de la Administración militar, agregados a situaciones propias de los militares, lo que supone que los haberes pasivos de los afectos por la nueva legislación, no continuaban configurando como lo estaban con anterioridad a la ley 103 de 1966, sino que en adelante se regían por los preceptos de esta norma, siempre que el funcionario hubiese optado por estar sujeto a ella sin que puedan invocarse derechos adquiridos, porque precisamente era la propia ley la que permitía a los funcionarios interesados que eligiesen ser sometidos al nuevo régimen o continuar regidos por la legislación derogada, conservando los derechos específicamente reconocidos anteriormente. (Sentencia de 31 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.374.)

Al relacionar las anteriores orientaciones con las circunstancias del caso a que se refiere el presente proceso, resulta indudable que si la separación del actor del Magisterio Nacional el 1 de julio de 1936 se dejó sin efecto mediante la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 4 de enero de 1961, con reincorporación a las tareas docentes y en el mismo lugar del escalafón de no haber sido dado de baja, aunque con las limitaciones indicadas en cuanto a destino y cargos, no cabe prescindir frente al reconocimiento de los oportunos efectos pasivos, del tiempo que hasta ese momento permaneció marginado de la función escolar. (Sentencia de 30 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.898.)

El artículo 13 de la ley 112/1966 dispuso la elevación de las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 1965, aplicando porcentajes medios y ello en la cuantía precisa, que fijó con carácter definitivo el Decreto de 4 de abril de 1968, para que los haberes pasivos estuvieran en consonancia con los que correspondían a las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 1967; precisándose en el artículo 2.º del Decreto 1.382 de 1967 que la base de aplicación de tales coeficientes sería «la calculada en función del sueldo correspondiente a la categoría del causante», o sea, por el superior empleo efectivo alcanzado que en el evento que ahora se enjuicia, como queda consignado, fue el de brigada; sin que una vez en vigor la nueva normativa puedan subsistir los criterios anteriormente seguidos —vista la parva, sino exígua cuantía de las antiguas pensiones— consistentes aquellos en tomar como regulador los sueldos correspondientes a categorías superiores; pues como proclama el preámbulo de la disposición últimamente citada y declaró esta Sala, entre otras, en las sentencias de 11 de mayo y 13 de octubre de 1971 y 21 de marzo del año en curso; tales peculiaridades han desaparecido en la ley 112/1966, ya que de persistir las mismas llevaría todo ello a resultados anómalos; pues en muchos casos las pensiones así actualizadas alcanzarían una cuantía superior a la que hoy puede causar un militar del mismo empleo y condiciones. (Sentencia de 19 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.095.)

No correspondiendo al Ministerio de Educación y Ciencia el reconocimiento de la pensión y sí, solamente, declarar o no jubilado al interesado, es obvio que aquél no era competente para resolver la petición deducida ante el mismo y, por ello, la denegación tácita no contradice el vigente ordenamiento jurídico, lo que obliga a desestimar el presente recurso, sin que esta desestimación prejuzgue sobre los derechos pasivos, si es que alguno le corresponde al demandante, al cual le será dable, si lo juzga pertinente, solicitar la declaración de jubilado en el Departamento ministerial donde prestó sus servicios e intentar después, si consigue tal declaración, la incoación del oportuno expediente de clases pasivas, ante el órgano gestor competente del Ministerio de Hacienda. (Sentencia de 20 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 5.126.)

#### MUTUALIDAD NACIONAL DE PREVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (MUNPAL)

El tema principal (inclusión del importe de los cinco quinquenios del 10 por 100 del último sueldo consolidado), plantea la cuestión de la compatibilidad e incompatibilidad de la percepción de estos aumentos graduales regulados en las disposiciones aplicables a los funcionarios de la Administración local, con los incrementos sucesivos reconocidos a los funcionarios de carrera de la Administración civil del Estado; el recurrente pretende tal compatibilidad por distinguir la distinta naturaleza de las dos retribuciones por tiempo de servicio; mas tal diferenciación no existe, ya que ambos forman parte del sueldo personal del funcionario, y se devengan por tiempo de servicio a la Administración, por lo que no puede existir esa duplicidad simultánea, contraria al concepto de servicio efectivo, que sólo podrá prestarse a una Administración, pues llevaría a un cómputo de servicios muy superior a la totalidad de la vida administra-

tiva del funcionario, lo que no permite ni la letra ni el espíritu de las leyes reguladoras de las retribuciones del personal tanto local como estatal; por lo tanto, ha de ser rechazada esta petición de la demanda, confirmando el acuerdo recurrido. (Sentencia de 14 de octubre de 1972. Ref. Ar. 4.010.)

Ha de pasarse al estudio de las dos cuestiones planteadas en el presente recurso, la primera relativa a si la resolución recurrida se ajusta a Derecho en cuanto deniega la acumulación de cuatro quinquenios para fijar el sueldo regulador de la pensión de orfandad solicitada, negativa que se basa en la afirmación de la Mutualidad, de que con arreglo a la legislación en vigor en 1932 en que cesó de prestar servicio el causante, éste carecía de derecho a aumentos graduales, a cuyo efecto invoca el número 2 del artículo 10 de la ley 1.081/1963, de 20 de julio, y la segunda sobre si resulta aplicable el porcentaje del 25 por 100 sobre dicho sueldo regulador, cuestiones ambas que ya han sido estudiadas y resueltas por esta Sala en anteriores sentencias dictadas en recursos contencioso-administrativos en los que se plantearon en forma idéntica, y así entre otras, en la de 21 de noviembre de 1970 se estableció que componiéndose el sueldo regulador de los funcionarios de la Administración local no sólo del sueldo base, sino de los aumentos graduales y quinquenios, y disponiéndose en el artículo 10 de la ley de 20 de julio de 1963, en su párrafo segundo, que el señalamiento de las pensiones actualizadas se verificase adoptando como sueldo regulador en cada caso el que los causantes habrían consolidado en activo con arreglo a la legislación vigente a la sazón si los cargos o puestos de trabajo que desempeñaron «hubieran estado dotados con los emolumentos que ahora les corresponden», no resulta correcto ni ajustado a Derecho mermar este sueldo regulador descontando los aumentos graduales o quinquenios que de él forman parte, lo que resultaría además contrario al espíritu que informa la ley y normas sobre actualización; por lo que tal pretensión ha de ser estimada, no así la relativa al pretendido porcentaje del 45 por 100, pues el señalado en cuantía del 25 por 100 es el que resulta conforme con el ordenamiento legal, pues es el correspondiente a las normas fijadas por la legislación general que se aplicó al modularse la primitiva pensión y si el respeto a estas circunstancias y legislación permite que la recurrente pueda seguir percibiendo una pensión de orfandad a la que carecería de derecho si le fueran aplicables los Estatutos de la Mutualidad creados por ley 11/1960, de 12 de mayo, puesto que su edad excede de los veintitrés años, igualmente veda el que se altere dicho porcentaje para aplicarle el más elevado que señalan los Estatutos antes citados, que se rechazan en cuanto perjudican y se invocan para cuanto benefician, doctrina que ya se contiene entre otras, en sentencias de esta Sala de 4 de febrero y y 21 de mayo de 1971. (Sentencia de 2 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 3.477.)

De los dos recursos acumulados, en el interpuesto por la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración local (número 500.331 contra la resolución expresada del Ministerio de la Gobernación fechada el 23 de diciembre de 1970 y que acogió el recurso de alzada interpuesto por (...) frente al acuerdo de dicha entidad mutual de 19 de diciembre de 1969) se trata de dilucidar si la pensión y el socorro que le corresponde a dicha señora como viuda del que fue policía urbano de la Corporación Mu-

nicipal de la ciudad de Telde, don (...), han de correr o no a cargo de la MUNPAL, pues ésta alega que al tiempo del óbito del causante (14 de noviembre de 1965), el matrimonio no hacía vida común y, por lo tanto, no concurrían todos los requisitos establecidos en el artículo 47 de los Estatutos, singularmente, la condición tercera de las establecidas en el mismo (primer considerando). El precepto últimamente citado exige, para conceder la pensión de viudedad que el matrimonio conviva en el momento de producirse el fallecimiento del esposo, pero dispensa de este requisito «en el caso de separación legalmente obtenida, siempre que no concorra culpa en el cónyuge *supérstite*» y es lo cierto que al tiempo del óbito de su esposo, de él estaba separada doña (...) en virtud de una decisión judicial, adoptada por la jurisdicción civil de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo IV del libro III de la vigente ley de Enjuiciamiento civil; medida provisional —la de separación— que según el artículo 1.887 la adopta el juez siquiera lo sea con carácter provisional; pero que legitima el abandono de la susodicha convivencia durante la tramitación, por la jurisdicción canónica, del proceso matrimonial promovido ante la misma. Que tal separación a no dudarlo incide dentro del concepto genérico del artículo 47,3 ya aludido (segundo considerando). En orden a la culpabilidad de la esposa en modo alguno puede presumirse; antes por el contrario, quien invoca —por tratarse de una excepción—, debe probarla; requisito este que quedó huérfano de toda justificación; es más, de lo actuado se infiere que la recurrente, en el proceso canónico, actuó como demandante sin que conste que conviniera al esposo; lo cual inclina el ánimo del juzgador —al menos en el ámbito de los indicios— más bien a la culpabilidad del marido; pero en todo caso al no haber recaído pronunciamiento del Tribunal Eclesiástico, sobre tal particular, debe estarse al principio de la presunción de la inocencia (tercer considerando). El hecho de que en la jurisdicción canónica caducara la instancia, ninguna relevancia tiene en la cuestión de autos, pues tal medio anormal de extinción de proceso se acordó el 1 de julio de 1966, es decir, cuando ya habían transcurrido casi ocho meses de la muerte del causante de la pensión y era prácticamente inútil seguir adelante las actuaciones (cuarto considerando). Por lo que concierne al recurso número 18.835, interpuesto por la meritada doña (...) contra la presunta desestimación por el Ministerio de la Gobernación del recurso de alzada en orden a la misma cuestión planteada por la MUNPAL; es obvio que al existir ya resolución expresa contra la que recurrió la última, este acto, por ser distinto al presunto recurrido, es el que aunque tardío, puede revisarse en esta vía judicial, pues el otro, el presunto, quedó ineficaz y, por lo tanto, su impugnación incide en el supuesto que contempla el apartado c) del artículo 82 de la ley de 27 de diciembre de 1956 y en su consecuencia el recurso interpuesto por doña (...) es inadmisibile, si bien no sufre la misma perjuicio alguno, visto que el acto expreso que cerró la vía gubernativa acoge en su totalidad las pretensiones de aquella (quinto considerando). (Sentencia de 15 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.525.)

El artículo 10 de la ley 108/1963, de 20 de julio, estableció que en un período máximo de cuatro años, y de modo escalonado, se procedería por el Ministerio de la Gobernación, a través de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, a actualizar los derechos pasivos de los mismos a los de sus familiares, cau-

sados con anterioridad a la vigencia de tal ley, disponiéndose con ese fin que para dicha actualización, se adoptará como sueldo regulador, en cada caso, el que los causantes habrían consolidado con arreglo a la legislación vigente a la sazón, si los cargos y puestos de trabajo que desempeñaron, hubieran estado dotados con los emolumentos que en virtud de aquella ley les correspondían, entendiéndose excluidas de esta actualización las pensiones que resulten superiores o iguales a la dotación de estos sueldos, en razón de edades más beneficiosas que las de la legislación común y que, en todo caso, el incremento de pensión que resulte de la actualización, será a cargo a la Mutualidad Individa, siempre que el causante hubiese llegado a cotizar como miembro de ella, antes de la declaración de su derecho a pensión, lo que ocurría en los dos casos contemplados en los que las beneficiarias disfrutaban de pensión con cargo a las Corporaciones municipales respectivas, en aplicación de lo ordenado en la disposición transitoria 4.ª, en relación a la adicional, también 4.ª de la ley de 12 de mayo de 1960, creadora de la referida Mutualidad, por lo que teniendo en cuenta el espíritu de la ley 108/1963, claramente reflejado en su exposición de motivos, de evitar desigualdades derivadas únicamente del hecho de que las pensiones se causen en un tiempo distinto, por razón de la diferente fecha de cese en el servicio de los causantes, no es posible sostener fundadamente, que tales pensiones consolidadas, con un sueldo regulador determinado, no deben ser actualizadas, con independencia de que el importe del incremento deba correr a cargo de la Mutualidad o de la Corporación municipal respectiva, según se dé o no el supuesto que enuncia el aludido artículo 10, en su apartado 3, según el cual será de cuenta de la primera, siempre que el causante hubiese llegado a cotizar como miembro de ella, antes de la declaración de su derecho a pensión, ya que si esta circunstancia concurre, es indudable que la antes anotada norma contenida en un precepto de rango legal posterior a la ley de 12 de mayo de 1960, reguladora, además, de una materia completamente distinta como la de la actualización ha de prevalecer sobre las disposiciones de esa otra ley general y anterior. (Sentencia de 22 de noviembre de 1972. Ref. Ar. 4.636.)

Los recurrentes don (...) y don (...) que desempeñaron, respectivamente, los cargos de secretario y aparejador de la Diputación provincial de Río Muni (Guinea Ecuatorial) y que fueron integrados en la Administración civil de la Metrópoli, solicitaron de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, en forma alternativa: a) La devolución de las cuotas ingresadas en la misma más el 50 por 100 de su capitalización. b) La fijación de la pensión pasiva que les correspondiese por los años abonables; o c) Que se les permitiera continuar cotizando hasta cumplir los cuarenta años; para en tal momento obtener la jubilación voluntaria. Que dicha Mutualidad accedió a devolverles a los ahora accionantes las cuotas aportadas por los mismos, pero no el suplemento pedido del 50 por 100, ni tampoco las sumas aportadas por la Diputación; por entender la MUNPAL que el caso ahora enjuiciado no le era de aplicación el Decreto-ley de 6 de marzo de 1969, por referirse el mismo exclusivamente al Montepío de Funcionarios de Guinea Ecuatorial (primer considerando). Lo cierto es que la MUNPAL, entre las soluciones que le propusieron los ahora accionantes, aceptó la primera, o sea, la devolución de las cuotas, si bien con el límite del importe de las

## JURISPRUDENCIA SOCIAL

satisfechas por los interesados y sin extender tal reembolso a las aportaciones de la Diputación tantas veces aludida; solución esta que es correcta, pues no existe precepto especial en la normativa de la MUNPAL para el caso ahora controvertido, y por ello debe seguirse por analogía el criterio plasmado en el apartado a) de la disposición transitoria 2.ª de la ley 11/60, de 12 de mayo, para los eventos de disolución de Montepíos y según el cual se liquidarán «los derechos que puedan corresponder a sus miembros y a la Corporación local respectiva por razón de las aportaciones que hubieran realizado», de lo que se infiere que no pueden los mutualistas hacer suyas las aportaciones de las Corporaciones a que sirvieron. Que incluso el Decreto-ley citado que daba su especial finalidad no es extensivo a la MUNPAL (tercer considerando). (Sentencia de 13 de diciembre de 1972. Ref. Ar. 4.991.)

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO  
JOSÉ ENRIQUE SERRANO MARTÍNEZ